

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid.
Professor Titular de Direito Processual Penal da PUCRS. Professor no Programa
de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Ciências Criminais da PUCRS.

Advogado criminalista.
www.aurylopes.com.br

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Ciências
Criminais da PUCRS. Advogado criminalista.

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

6ª edição
revista, atualizada e ampliada
2014



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
 CEP 05413-909
 PABX: (11) 3613 3000
 SAC: 0800 011 7875
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
www.editorasaraiva.com.br/contato

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente editorial Thaís de Camargo Rodrigues
Editor Henderson Fürst
Assistente editorial Deborah Caetano de Freitas Viadana
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia
 Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
 Luciana Cordeiro Shirokawa
Arte e diagramação Isabel Gomes Cruz
Revisão de provas Ana Beatriz Fraga Moreira
 Adriana Barbieri
 Juliana Bormio de Sousa
Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva
 Tatiana dos Santos Romão
Capa Gislaíne Ribeiro
Produção gráfica Marli Rampim
Impressão Gráfica Ideal
Acabamento Gráfica Ideal

ISBN 978-85-02-22597-8

Lopes Jr., Aury

Investigação preliminar no processo penal / Aury Lopes Jr.,
 Ricardo Jacobsen Gloeckner. — 6. ed. rev., atual. e ampl. — São
 Paulo : Saraiva, 2014.

Bibliografia.

1. Inquérito policial - Brasil 2. Interrogatórios (Processo
 penal) - Brasil 3. Investigação criminal - Brasil I. Gloeckner,
 Ricardo Jacobsen. II. Título.

CDU-343.123.1 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Inquérito policial : Direito processual
 penal 343.123.1 (81)
2. Brasil : Investigação policial :
 Direito processual 343.123.1 (81)

Data de fechamento da edição: 6-5-2014

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma
 sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido
 pelo artigo 184 do Código Penal.

072.333.006.001

965264

1005026



SUMÁRIO

Abreviaturas	5
Prólogo.....	15
Prefácio	19
Nota do Autor à 1ª edição	23
Nota dos Autores à 6ª edição	27

CAPÍTULO I

Fundamento da Existência do Processo Penal:

Instrumentalidade Constitucional.....	29
---------------------------------------	----

I. A Instrumentalidade do Processo Penal e a Constituição	34
II. A Exclusividade Estatal da Pena e do Processo	34
III. A Instrumentalidade do Processo Penal	38
IV. A Teoria do Garantismo e o Processo Penal	45
A) Jurisdicionalidade – <i>Nulla Poena, Nulla Culpa Sine Iudicio</i>	56
B) Princípio Acusatório: Separação das Atividades de Julgar e Acusar – <i>Nullum Iudicium Sine Accusatione</i>	60
C) Presunção de Inocência	70
D) Contraditório e Direito de Defesa – <i>Nulla Probatio Sine Defensione</i>	79
E) Fundamentação das Decisões Judiciais.....	79
V. Instrumentalidade Constitucional e o Estado Democrático de Direito	82

CAPÍTULO II

Sistemas de Investigação Preliminar: Considerações Prévias .	87
--	----

I. Problema Terminológico	87
---------------------------------	----

II. Definição Legal	89
III. Natureza Jurídica	91
A) Procedimento Administrativo Pré-Processual	91
B) Procedimento Judicial Pré-Processual	93
IV. Caracteres Determinantes: Autonomia e Instrumentalidade ..	95
A) Autonomia da Investigação Preliminar	95
B) Instrumentalidade Qualificada	96
V. Fundamento da Existência da Investigação Preliminar	99
A) Busca do Fato Oculto e a <i>Criminal Case Mortality</i>	101
B) Função Simbólica	104
C) Evitar Acusações Infundadas – Filtro Processual	107
a) Custo do processo penal e as penas processuais	111
b) Estado de prolongada ânsia	112
c) Estigmatização social e jurídica derivada do processo penal	113
d) A investigação preliminar como “filtro”	122

CAPÍTULO III

Órgão Encarregado da Investigação Preliminar	125
I. Investigação Preliminar Policial	125
A) Vantagens da Investigação Preliminar Policial	126
B) Inconvenientes do Sistema de Investigação Preliminar Policial	127
II. Investigação Preliminar Judicial: O Juiz Instrutor	132
A) Aspectos Gerais e a Imparcialidade do Juiz Instrutor	132
a) A imparcialidade do órgão jurisdicional	135
b) O problema da imparcialidade do juiz instrutor: análise segun- do a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e crí- tica ao modelo brasileiro	136
B) Vantagens da Investigação Preliminar Judicial	144
C) Inconvenientes da Investigação Preliminar Judicial	147
III. A Investigação Preliminar a Cargo do Ministério Público:	
Promotor Investigador	151
A) Argumentos Favoráveis ao Sistema de Promotor Investigador	153
B) Inconvenientes do Sistema de Promotor Investigador	158

CAPÍTULO IV**Objeto e Grau de Cognição na Investigação Preliminar..... 169**

I. Objeto da Investigação Preliminar	169
II. A Sumariedade da Cognição na Investigação Preliminar	170
A) Sumariedade Qualitativa	178
B) Sumariedade Quantitativa – Limitação Temporal	180
C) Sistema Misto	181

CAPÍTULO V**Os Atos da Investigação Preliminar 185**

I. Forma dos Atos da Investigação Preliminar	185
A) Investigação Preliminar Obrigatória, Facultativa e Sistema Misto ..	185
B) Forma Oral e Escrita da Investigação Preliminar	185
C) A Publicidade na Investigação Preliminar	191
D) O Sigilo dos Atos da Investigação Preliminar	192
a) O sigilo externo	193
a.1) Justificação do sigilo externo: utilitarismo judicial e direitos fundamentais do imputado	194
a.2) Argumentos contrários ao sigilo externo	198
b) O sigilo interno	199
b.1) Justificação do sigilo interno: utilitarismo judicial	200
b.2) Inconvenientes do sigilo interno no plano constitucional ..	200
c) Critério misto	204
II. A Eficácia Probatória dos Atos da Investigação Preliminar	204
A) Distinção entre Atos de Prova e Atos de Investigação/Instrução Preliminar	204
B) A Produção Antecipada de Provas	211

CAPÍTULO VI**Investigação Preliminar no Processo Penal Brasileiro:****O Inquérito Policial 221**

I. Definição Legal, Natureza Jurídica e Atos Praticados no Curso do Inquérito (arts. 6º e 7º do CPP). A Identificação Genética (Lei n. 12.654/2012)	222
---	-----

A) Definição legal e natureza jurídica	222
B) Atos praticados e a identificação criminal e genética	222
II. Órgão Encarregado	241
III. O Ministério Público e o Inquérito Policial	243
A) Controle Externo da Atividade Policial; <i>police accountability</i>	244
B) A Participação e/ou Condução da Investigação pelo Ministério Público	247
a) Acompanhamento/participação no inquérito policial.....	248
b) A investigação conduzida pelo Ministério Público	249
c) A situação do sujeito passivo no procedimento investigatório do Ministério Público e os riscos da denúncia direta	254
IV. A Posição do Juiz Diante do Inquérito Policial.....	258
A) O Juiz como Garante e não como Investigador	258
B) Críticas à Prevenção como Critério Definidor da Competência	260
C) A Ausência de uma Fase Intermediária e os Perigos da Denúncia Direta	265
D) O Recebimento da Acusação sem a Devida Fundamentação	268
V. Objeto e sua Limitação	270
A) Limitação Qualitativa	271
B) Limitação Temporal	272
VI. Análise dos Atos do Inquérito Policial	274
A) Atos de Iniciação	274
a) De ofício pela própria autoridade policial.....	274
b) Requisição do Ministério Público (ou órgão jurisdicional)	275
c) Requerimento do ofendido (delitos de ação penal pública incondicionada)	277
d) Comunicação oral ou escrita de delito de ação penal pública....	278
e) Representação do ofendido nos delitos de ação penal pública condicionada.....	280
f) Requerimento do ofendido nos delitos de ação penal privada ...	285
B) Atos de Desenvolvimento e de Conclusão do Inquérito Policial. Problemática em Torno do Arquivamento.....	288
C) Estrutura dos Atos do Inquérito Policial	297

a) Lugar	297
b) Tempo	298
c) Forma	299
VII. Valor Probatório dos Atos do Inquérito Policial.....	300
A) A Equivocada Presunção de Veracidade.....	300
B) Verdade Real: Desconstruindo um Mito Forjado na Inquisição.....	303
C) Desvelando o “Mito da Verdade” no Processo Penal. Rumo à As- sunção da Sentença como Ato de Convencimento (Mas sem Pac- tuar com o Decisismo!)	306
D) A Contaminação da Evidência sobre a Verdade: Prisão em Flagran- te, Alucinação e Ilusão de Certeza	317
E) Distinção entre Atos de Prova e Atos de Investigação	321
F) O Valor Probatório do Inquérito Policial.....	322
a) Valor das provas repetíveis: meros atos de investigação.....	323
b) Provas não repetíveis: necessidade do incidente de produção antecipada de provas	326
c) Contaminação consciente ou inconsciente do julgador e a neces- sidade da exclusão física das peças do inquérito policial	328
G) O Problema das Nulidades Cometidas no Inquérito Policial: Ex- tensibilidade Jurisdicional e o Princípio da Inafastabilidade do Con- trole Judiciário	332

CAPÍTULO VII

Investigação/Instrução Preliminar em Outros Ordenamentos Jurídicos

I. Espanha	351
A) O <i>Sumario</i> do Procedimento Ordinário.....	354
B) As <i>Diligencias Previas</i> do Procedimento Abreviado	359
C) A Polícia Judiciária como Órgão Auxiliar e a Dependência Fun- cional	363
II. França	365
III. Itália	370
A) Definição e Natureza Jurídica.....	370

B) Órgão Encarregado e a Figura do Juiz Garante	371
a) O promotor investigador	371
b) O juiz garante	372
C) Objeto e sua Limitação	374
D) Atos	374
E) Valor Probatório	375
IV. Alemanha	377
A) Definição Legal e Natureza Jurídica	377
B) Órgão Encarregado	380
C) Limitação do Objeto e Atos	382
V. Portugal	386
A) Definição Legal e Natureza Jurídica	386
B) Órgão Encarregado	387
C) Limitação do Objeto e Atos	389
D) Fase Intermediária	391
VI. Estados Unidos	392
A) As Agências de Investigação Criminal e a Estrutura do Processo Penal	392
B) A Fase Investigatória	394
C) Limitação temporal	397
D) Críticas ao Sistema de Investigação Norte-Americano	397

CAPÍTULO VIII

A Busca do Sistema “Ideal”

I. A Crise do Inquérito Policial	399
II. A Investigação Preliminar a Cargo do Ministério Público e a Figura do Juiz Garante	402
III. Determinar a Situação Jurídica do Sujeito Passivo e a Garantia de um Contraditório Mínimo	406
IV. A Necessidade de uma Investigação Efetivamente Sumária e a Pena de <i>Inutilizzabilità</i>	409
V. A Forma dos Atos	412

CAPÍTULO IX**Situação Jurídica do Sujeito Passivo na Investigação Preliminar**

I. Partes ou Sujeitos na Investigação Preliminar	417
II. Terminologia Utilizada para Designar o Sujeito Passivo	419
III. Capacidade e Legitimidade Passiva.....	423
A) Capacidade do Sujeito Passivo.....	423
B) Legitimidade Passiva.....	425
IV. O Sistema Escalonado e a Gradual Concreção do Sujeito Pas- sivo	426

CAPÍTULO X**O Indiciado no Sistema Brasileiro** 429

I. Indiciamento.....	429
II. Circunstâncias para que se Produza a Situação de Indiciado..	433
A) Quando Existe uma Prisão Cautelar.....	434
B) Indiciamento sem Prévia Prisão Cautelar.....	436
III. Consequências do Indiciamento.....	440
A) Cargas que Assume o Indiciado.....	441
B) Direitos e Garantias Constitucionais e Processuais do Indiciado...	441
a) Direitos do indiciado preso.....	441
b) Direitos do indiciado em liberdade	443

CAPÍTULO XI**Breves Considerações sobre a Situação Jurídica do Sujeito
Passivo em outros Ordenamentos** 447

I. Espanha	447
A) Imputado.....	447
B) Processado	450
II. Itália	452
III. Alemanha.....	456
IV. Portugal	459
V. Estados Unidos.....	462

CAPÍTULO XII**Conteúdo da Intervenção do Sujeito Passivo na Investigação Preliminar**

467

I. Contraditório e Direito de Defesa no Inquérito Policial	467
II. Defesa Técnica.....	471
A) O Defensor	474
B) Garantias do Defensor	477
III. Autodefesa Positiva e o Interrogatório Policial	478
IV. Autodefesa Negativa	484
A) Direito de Silêncio	484
B) Autodefesa Negativa, Intervenções Corporais e Proporcionalidade.	489
a) Argumentos contrários à intervenção corporal sem o consentimento do imputado.....	490
b) Delitos graves, intervenções sem danos ou riscos e o princípio da proporcionalidade.....	494
C) Valor Probatório da Identificação do Perfil Genético.....	500
V. Investigação Preliminar e os Problemas Relativos à Lavagem de Dinheiro.....	503
A) O que é <i>Criminal Compliance</i> ? Breve Excurso Conceitual.....	503
B) A Nova Lei de Lavagem de Dinheiro e <i>Criminal Compliance</i> : o Alcance da Lei n. 12.683/2012.....	508
C) O Processo de Deterioração do Princípio <i>Nemo Tenetur se Detegere</i> : a Utilização de um Direito Penal Sancionador como Forma de Vulneração ao Direito ao Silêncio.....	515
D) O Problema das Investigações Privadas e os Direitos Fundamentais do “Investigado”	521
Conclusões.....	527
Bibliografia.....	533